

SUPERAR LIMITES NO CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS – SUGESTÕES PARA UMA REFORMA CULTURAL NO JUDICIÁRIO

FLÁVIO DINO DE CASTRO E COSTA

*Juiz Federal da 23ª Vara do DF, secretário-geral do Conselho Nacional de Justiça,
mestre em Direito Público (UFPB), professor de Direito Administrativo na
UnB, ex-presidente da Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE).*

Sumário: 1. Introdução – 2. A discricionariedade – um território interdito
ao Judiciário? – 3. A “reserva do possível” (uma leitura em países periféricos)
– 4. Conclusão

1. Introdução

Reformar o sistema judicial é um processo eternamente inconcluso, à vista da natureza dialética da história. Daí porque escrever sobre a Reforma do Judiciário é sempre atual e instigante. Nesse momento, gostaria de destacar um aspecto às vezes esquecido, ou não explicitado: tal Reforma não é tarefa que se possa restringir ao terreno normativo. Mudanças constitucionais e legais (estas sobretudo no tocante ao sistema processual) devem passar e ser reforçadas por transformações culturais na instituição judicial, traduzidas em novas práticas gerenciais e posturas hermenêuticas não dogmáticas.

Neste artigo, dedico-me a analisar alguns fatores que têm embaraçado os passos do Judiciário em direção a um papel mais protagonista e efetivo na

concretização dos direitos fundamentais, como considero que a sociedade brasileira almeja. Tratarei especialmente sobre a discricionariedade administrativa e a doutrina da “reserva do possível” como motivadores da autocontenção judicial, formulando algumas propostas hermenêuticas em sentido não dogmático.

2. A discricionariedade – um território interdito ao Judiciário?

Na doutrina brasileira tradicionalmente é enunciado que o Judiciário não pode controlar o mérito dos atos administrativos, isto é, não pode elidir os critérios de conveniência e oportunidade eleitos pelas autoridades da Administração, colocando no lugar os seus próprios critérios. Na vida forense, cotidianamente sentenças são

proferidas com esse fundamento, o qual impede ou dificulta que os juízes controlem políticas públicas.

Parece-me que, de fato, assim deve ser, a princípio. É certo que o Judiciário não é uma agência subalterna em relação aos demais ramos do Estado, porém isso não significa que seja superior – no sentido de necessariamente possuir, de modo legítimo, a “última palavra” sobre as políticas públicas. São muitos os convites a um Judiciário mais protagonista, inclusive no tocante àquelas: a expansão do Estado (e da máquina judicial) no século 20; a utilização freqüente de conceitos jurídicos indeterminados nos textos normativos; o dirigismo constitucional; a largueza das garantias constitucionais; a promessa de efetividade dos direitos fundamentais etc. Entretanto, a aceitação aos convites multicitados não pode ocorrer de modo atabalhado, imotivado e autoritário, com o juiz pondo em primeiro plano preconceitos de índole “aristocrática” contra o mundo da política. Em lugar disso, duas atitudes são imprescindíveis para o magistrado: em primeiro lugar, não olvidar as regras de imparcialidade procedimental, assegurando a apresentação de argumentos por parte da Administração e a produção de provas que os sustentem; em segundo lugar, confrontar a consistência de tais argumentos com a consistência da fundamentação que pode ser exposta na decisão judicial. Este juízo de ponderação eliminará muitas hipóteses de alteração do mérito do

ato administrativo, em face da superioridade comparativa dos argumentos expendidos pela Administração.

Neste passo, vejo a discricionariedade como um terreno relativamente interdito à atuação judicial. Em outras palavras, considero que o mérito dos atos que concretizam (ou não concretizam) políticas públicas é suscetível de controle judicial, excepcionalmente. As técnicas jurídicas que podem viabilizar, legitimar e conferir consistência a tal controle são diversas. Menciono as mais expressivas e já consolidadas em nosso Direito: as teorias dos motivos determinantes e do desvio de finalidade, bem como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Em termos legais, estas técnicas recebem o seguinte tratamento:

Lei n. 4.717/65

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explí-

cita ou implicitamente, na regra de competência.

Lei n. 9784/99

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

A propósito da aplicação desses postulados, na jurisprudência há milhares de referências, das quais destaco uma como emblemática das enormes possibilidades de controle abertas pelas técnicas em foco. No Resp n. 443310/RS, rel. Ministro Luiz Fux, DJ 03/11/2003, o STJ leciona:

“(…)”

2. A atuação da Administração Pública deve seguir os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, que censuram o ato administrativo que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar.

3. A razoabilidade encontra ressonância na ajustabilidade da providência administrativa consoante o consenso social acerca do que é usual e sensato. Razoável é conceito que se infere a contrario sensu; vale dizer, escapa à

razoabilidade ‘aquilo que não pode ser’. A proporcionalidade, como uma das facetas da razoabilidade revela que nem todos os meios justificam os fins. Os meios conducentes à consecução das finalidades, quando exorbitantes, superam a proporcionalidade, porquanto medidas imoderadas em confronto com o resultado almejado.”

3. A “reserva do possível” (uma leitura em países periféricos)

Suponhamos que um juiz aquiesça aos convites para adotar uma postura de “ativismo judicial”, construa uma identidade mais livre dos padrões normativistas e se convença, em um determinado caso, de que a discricionariedade pode ser afastada de modo consistente, mediante o manuseio de uma das técnicas arroladas no tópico anterior. Caso se trate de impor uma abstenção autoridade administrativa, normalmente não se apresentam outras dificuldades. Contudo, quando se cuida de determinar o cumprimento de um direito prestacional, ergue-se a limitação concernente “reserva do possível”.

Segundo tal doutrina, há um limite fático ao exercício dos direitos sociais prestacionais, concernente disponibilidade material e jurídica de recursos financeiros necessários ao adimplemento da obrigação. Demais disso, “...a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos

e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”.¹

Não discordo dessas teses se, por exemplo, cogitarmos de uma decisão judicial, proferida em uma ação civil pública, que – em nome do direito moradia previsto no art. 6º da Constituição – determina ao Governo Federal a construção de dois milhões de casas no espaço de um ano. A mobilização de recursos financeiros para tanto implicaria um impacto orçamentário não previsto nem previsível, de grande monta, resultando provavelmente no cancelamento de outras políticas referentes concretização de outros direitos igualmente fundamentais.

Todavia, na trilha do que defende Andreas J. Krell, entendo que “a discussão européia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado”². Assim, a “reserva do possível” um limite realmente existente, mas que não deve ser visto no Brasil do mesmo modo que nos países centrais, os quais possuem distribuição de renda menos assimétrica, políticas públicas mais universalizadas

e controles sociais (não-jurisdicionais) mais efetivos.

Em consequência, a margem de manobra do Judiciário, no exercício do controle em exame, bem mais larga no nosso País (sem que evidentemente seja absoluta). Dois parâmetros devem ser observados na atividade judicial nesse âmbito, quais sejam, a garantia de um “padrão mínimo social” aos cidadãos e o razoável impacto da decisão sobre os orçamentos públicos. Em nome do citado “padrão mínimo social”, os juízes não devem hesitar em inclusive determinar a realização de obras públicas, quando isso se revelar imprescindível e factível. Quanto ao impacto no orçamento público, a razoabilidade deve ser demonstrada luz do caso concretamente analisado, podendo ser adotadas saídas criativas, como a fixação de prazos flexíveis e compatíveis com o processo de elaboração orçamentária. O que fundamental não ignorar este aspecto, sob pena de a decisão ser frágil e condenada cassação ou inexecução. Por outro lado, os aspectos orçamentários relativos aos direitos prestacionais não devem ser mitificados, transformados em uma “esfera sagrada”, pois não assim quando o Judiciário declara a inconstitucionalidade de tributos e frustra parcelas expressivas das receitas públicas, em

1 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 261).

2 KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os [des]caminhos de um direito constitucional ‘comparado’*. Porto Alegre: ed. Sérgio Antonio Fabris, 2002.

favor – do ponto de vista imediato – de setores socialmente mais fortes. Com efeito, em tais casos nunca se cogitou de o Judiciário decidir de outro modo em nome da “reserva do possível”.

Um bom exemplo de adequado enfrentamento da temática, assim como do controle sobre a discricionariedade administrativa, a jurisprudência sobre o benefício assistencial previsto no art. 203, inciso V, da Constituição: “a garantia de um salário mínimo de benefício mensal pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”. Esta, a lei n. 8.742/93, refere-se aos requisitos da incapacidade para o trabalho e para a vida independente, associada renda per capita no núcleo familiar não superior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo. Contudo, a respeito desses requisitos legais, o STJ tem decidido:

“AGA 521467 / SP

Relator(a) Ministro Paulo Medina

Órgão Julgador T6 – Sexta Turma

Data do Julgamento 18/11/2003 Data da Publicação/Fonte

DJ 09.12.2003

Ementa

Agravo regimental em agravo de instrumento. Assistência social. Benefício de prestação continuada. Comprovação de renda per capita não superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. Desnecessidade.

1. A impossibilidade da própria manutenção, por parte dos portadores de deficiência e dos idosos, que autoriza e determina o benefício assistencial de prestação continuada, não se restringe à hipótese da renda familiar per capita mensal inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, podendo caracterizar-se por concretas circunstâncias outras, que é certo, devem ser demonstradas.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.”

“RESP 360202 / AL Relator(a) Ministro GILSON DIPP Órgão Julgador

T5 – Quinta Turma Data do Julgamento 04/06/2002 Data da Publicação/Fonte DJ 01.07.2002

Ementa

Previdenciário. Benefício de prestação continuada. Art. 20, § 2º da Lei 8.742/93. Portador do vírus HIV. Incapacidade para o trabalho e para prover o próprio sustento ou de tê-lo provido pela família. Laudo pericial que atesta a capacidade para a vida independente baseado apenas nas atividades rotineiras do ser humano. Impropriedade do óbice à percepção do benefício. Recurso desprovido.

I – A pessoa portadora do vírus HIV, que necessita de cuidados frequentes de médico e psicólogo e que se encontra incapacitada, tanto para o trabalho, quanto de prover o seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família – tem direito à percepção do benefício de prestação continuada previsto no art. 20 da Lei 8.742/93, ainda que haja laudo médico-pericial atestando a capacidade para a vida independente.

II - O laudo pericial que atesta a incapacidade para a vida laboral e a capacidade para a vida independente, pelo simples fato de a pessoa não necessitar da ajuda de outros para se alimentar, fazer sua higiene ou se vestir, não pode obstar a percepção do benefício, pois, se esta fosse a conceituação de vida independente, o benefício de prestação continuada só seria devido aos portadores de deficiência tal, que suprimisse a capacidade de locomoção do indivíduo - o que não parece ser o intuito do legislador.

III - Recurso desprovido.”

Nesta mesma direção a orientação quase unânime na Justiça Federal, não havendo contudo, at o momento, um pronunciamento explícito do STF.

Outro exemplo decorre de experiência pessoal: recentemente tive a oportunidade de apreciar um caso de um estudante que se enquadrava em requisitos estatuídos em Resolução Administrativa da Unb para a fruição de direito residência estudantil, esbarrando entretanto na inexistência de vagas. A decisão foi no seguinte teor:

“1. Determina a nossa Constituição que a educação direito de todos e dever do Estado (art. 205). A “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola” princípio que rege o ensino (art. 206, inciso I). Ademais, deve o Estado garantir o “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um” (art. 208, inciso V). Tais preceitos, longe de veicularem enunciações puramente formais,

impõem a adoção de medidas que reduzam as barreiras econômicas que impedem o acesso e a permanência citadas. O Poder Executivo reconhece que os deveres constitucionais em foco exigem determinadas políticas públicas, a exemplo do FIES e do Programa “Universidade para Todos” (instituído recentemente pela MP n. 213, de 10/09/2004). No caso das universidades públicas, as obrigações constitucionais enfocadas devem concretizar-se com a adoção de programas assistenciais dirigidos aos mais carentes, a fim de que estes possam efetivamente exercer os seus direitos formalmente enunciados. Assim não fosse, gerar-se-ia a perversa situação de toda a sociedade financiar o ensino público superior exclusivamente em benefício dos segmentos mais ricos da população.

2. Analisando a presente lide com base nestas premissas, verifico que o demandante reside em local muito distante do Plano Piloto e da UnB - acarretando onerosos deslocamentos - e tem sua hipossuficiência expressamente reconhecida pela instituição, inclusive participando do Programa Bolsa Alimentação (fls. 16). Por outro lado, afirma a UnB que “se-mestralmente deixamos de atender vários alunos que se enquadram neste perfil”, estando assim caracterizada situação claramente institucional. Destaco que não há obstáculo a esta declaração por este Juízo, pois - em se tratando de programa administrativo de custo evidentemente suportável pelo Erário - não incide a doutrina da “reserva do possível” (que em tese impede o Judiciário de influir demasiadamente na definição

de políticas públicas prioritárias, em homenagem ao princípio da separação de poderes).

3. Há “*periculum in mora*” na presente controvérsia, uma vez que o próprio fluir do semestre letivo, sem a frequência regular do aluno, gera danos de difícil reparação.

4. Com esses fundamentos, DEFIRO A LIMINAR pleiteada, determinando que a UnB ofereça ao autor vaga em residência universitária ou custeie a sua moradia em local próximo UnB, em padrões equivalentes aos fornecidos aos demais estudantes carentes e consoante as mesmas regras regimentais de uso. Na última hipótese, o custeio não poder ultrapassar o valor de R\$ 15.600,00 por ano, limite máximo de competência deste Juizado.”

Verificamos então que aquilo que possível ao Judiciário fazer, em sociedades com nível mais alto de implementação de direitos, menos do que em países em situação oposta, como o Brasil – em que a meta de um “padrão mínimo social” exige que os juízes façam mais.

4. Conclusão

Concluo assim a abordagem a que me propus: apontar os limites atuação judicial, assim como os limites dos limites, sugerindo caminhos visando a um maior controle jurisdicional sobre as políticas públicas.

Sublinho que as teses expostas no presente artigo não representam a negação da luta política (em sentido estrito) como meio para a efetivação dos direitos já proclamados e a conquista de outros. Cuidei apenas de construir e reafirmar caminhos que podem auxiliar o processo histórico de emancipação da humanidade, inclusive submetendo a arena política a novos e crescentes tensionamentos – gerando movimentos e saltos adiante.

Os juízes não podem tudo, nem devem poder. Mas podem muito, e devem exercer esse poder em favor da grandiosa e inesgotável utopia de construção da felicidade de cada um e de todos.